



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1490/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופטת י' וילנר

העותרים: 1. שבלי  
2. שבלי  
3. ברגותי  
4. המוקד להגנת הפרט

נגד

1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית  
2. שר הביטחון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ' באדר התש"ף (16.3.2020)

בשם העותרים: עו"ד נדיה דקה; עו"ד דניאל שנהר

בשם המשיבים: עו"ד יונתן ברמן

### פסק-דין

השופטת י' וילנר:

1. עניינה של העתירה דנן בצו החרמה, הריסה ואטימה שהוצא ביחס לקומות שונות במבנה המצוי בכפר כובר, אשר בו מתגורר המפגע (להלן: "המבנה והמפגע"). זאת, נוכח מעורבותו של האחרון בביצוע הפיגוע בו נרצחה רנה שנרב ז"ל (להלן: "המנוחה") ונפצעו באורח קשה אביה ואחיה – הרב איתן ודביר שנרב יכדל"א.

2. עיקרי ההשתלשלות העובדתית של הפיגוע בו נרצחה המנוחה כאמור מתוארים בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 751/20 חנאטשה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (20.2.2020), בגדרו נדחתה עתירה נגד צווי החרמה והריסה שהוצאו ביחס לבתי המגורים של שני מפגעים נוספים אשר נטלו חלק בביצועו של פיגוע זה. על-פי כתב האישום שהוגש נגד המפגע ביום 21.11.2019, הלה הצטרף בתחילת שנת 2018 לחוליה צבאית מטעם ארגון החזית העממית לשחרור פלסטין, ובמסגרת פעילותו בחוליה הוא אומן בירי בנשק חם, השתתף בניסיונות לבצע פיגועי ירי ואף נטל חלק בייצור מטען החבלה בו נעשה שימוש בפיגוע דנן. כמו כן, לקראת הפיגוע ביצע המפגע מספר תצפיות על אזור מעיין עין בובין, וביום 23.8.2019 הגיע הוא יחד עם שני חברי חוליה נוספים אל המקום המיועד לביצוע הפיגוע. השלושה הניחו מטען חבלה בשביל הגישה המוביל אל המעיין, וארכו לבאים במקום מסתור, כאשר המפגע מתצפת על המקום בו הונח המטען. בסמוך לשעה 10:00 הגיעו המנוחה, אביה ואחיה לאזור המעיין, וכאשר חלפו בסמוך למקום בו הונח המטען כאמור, סימן המפגע לאחד מחברי החוליה, אשר הפעיל את מטען החבלה. פיצוץ המטען הביא, כאמור, למותה של המנוחה ולפציעת אביה ואחיה באורח קשה.

3. נוכח האמור, ביום 10.2.2020 הודיע המשיב 1, הוא המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון (להלן: המפקד הצבאי) לבאת-כוח העותרים על כוונתו להחרים ולהרוס את הקומה העליונה במבנה, וכן להחרים ולאטום את הקומה התחתונה בו – היא קומת המרתף. קומת הקרקע במבנה, המיועדת למגורי דודתו של המפגע – אינה מיועדת להריסה או לאטימה (להלן בהתאמה: הקומה העליונה, קומת המרתף וקומת הקרקע). ביום 19.2.2020 נדחתה השגה אשר הגישו העותרים על-ידי היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון (להלן: יועמ"ש איו"ש). לתשובתו של יועמ"ש איו"ש להשגה האמורה צורפו, בין היתר, הצו, חוות דעת שערך המהנדס סא"ל (במיל') שאול נבו (להלן: נבו), וכתב האישום שהוגש נגד המפגע. עוד צוין בתשובה האמורה כי הצו לא יבוצע עד ליום 24.2.2020, ובהמשך לכך, התקבלה באופן חלקי בקשת ארכה שהגישו העותרים על מנת לאפשר להם להגיש עתירתם זו, וביצוע הצו עוכב עד ליום 26.2.2020 בשעות הבוקר.

4. בחוות הדעת שצורפה כאמור לתשובתו של יועמ"ש איו"ש בחן נבו את השלכות הריסתה של הקומה העליונה באמצעות באגר כף, פטישון או בדרך של פיצוץ מסוג "חבלה מדויקת". בתוך כך, צוין כי קיימת סבירות נמוכה שהריסת הקומה העליונה בדרכים האמורות תסב נזק קונסטרוקטיבי לקומת הקרקע, אשר אינה מיועדת להריסה,

וכי אף אם ייגרם נזק מעין זה, הרי שהיקפו יהיה נמוך. כן צוין כי היקף הנזק אשר עלולה להסב הריסת הקומה העליונה לקומת המרתף במבנה היא נמוכה ביותר, וכי הסבירות לגרימתו של נזק כאמור – אף היא נמוכה ביותר. עוד צוין בחוות הדעת כי הריסת הקומה העליונה לא תשפיע על מבנים סמוכים. בנוסף, התייחס נבו בחוות דעתו אף לקומת המרתף, וציין כי הריסתה תוביל ברמת סבירות גבוהה להתמוטטות המבנה כולו, וכי מבין מספר חלופות שנבחנו למניעת שימוש בקומה זו – נבחרה החלופה של אטימת פתחיה באמצעות בניית בלוקים. צוין כי אטימת קומת המרתף כאמור לא תאפשר המשך שימוש בה, ולא תסב כל נזק לקומת הקרקע. נוכח המקובץ, המליץ נבו על הריסת הקומה העליונה באמצעות באגר כף ועל אטימת פתחיה של קומת המרתף.

העתיירה דנן

5. ביום 25.2.2020 הוגשה העתיירה דנן, ובהחלטה שניתנה בו ביום ניתן צו ארעי המונע את מימוש הצו עד למתן החלטה אחרת. העותרים 1-3 הם אמו של המפגע, אביו ודודתו (בהתאמה). כן יצוין כי המבנה מצוי בבעלות משותפת של אם המפגע ושל דודתו, וכי המפגע והוריו מתגוררים בקומה העליונה.

6. בעתירתם מעלים העותרים טענות עקרוניות שונות בדבר חוקיות הפעלתה של סמכות המפקד הצבאי להחרים, להרוס או לפגוע בדרכים אחרות בבתי מפגעים מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 (להלן: תקנה 119). כן מועלות בעתירה טענות בדבר מידתיות הפעלתה של הסמכות המעוגנת בתקנה 119 כאמור, ובדבר התועלת ההרתעתית הצומחת ממנה. לטענת העותרים, הסוגיות העקרוניות האמורות, כמו גם הרחבה נטענת בשימוש שמבצעים המשיבים בתקנה 119, מחייבות קיום דיון בהרכב מורחב של בית משפט זה.

זאת ועוד, נטען לפגמים שונים שנפלו בהליך אשר קיים המפקד הצבאי לשם הפעלתה של תקנה 119 בענייננו, אשר פגעו בזכותם של העותרים להליך הוגן ובזכויות הטיעון והשימוע שלהם. בתוך כך נטען, בין היתר, כי המפקד הצבאי הציב בפני העותרים סדי זמנים קצרים במיוחד לשם הגשת השגה על כוונתו להחרים, להרוס ולאטום את קומות המבנה, ולשם הגשת העתיירה דנן. זאת, כך נטען, למרות שחלפה כחצי שנה מן העת בה בוצע הפיגוע. כן נטען כי היה על המפקד הצבאי להמציא לעותרים את תוכניתו לביצוע ההריסה והאטימה יחד עם ההודעה על כוונתו לבצען, על מנת לאפשר להם להשיג על כך כדבעי; כי המפקד הצבאי נמנע מלמסור לעותרים את מלוא חומר הראיות העומד בבסיס החלטתו להוציא את הצו; כי הצו ותשובתו של יועמ"ש איו"ש להשגת

העותרים אינם מנומקים דיים; וכי אלה נשלחו מבלי שקדמה להן שקילה ראויה של מכלול השיקולים הרלוונטיים.

7. לגופם של דברים, טוענים העותרים כי הצו איננו מידתי, באשר ביצעו יפגע בזכויותיהם הקנייניות של העותרים 1-3 שלא ידעו על הפיגוע ולא היו מעורבים בו כלל, וכן נוכח העובדה שהמפגע איננו בעליו של המבנה, ואף אינו מקיים זיקת מגורים לקומת המרתף – המשמשת את דודתו כדיר וכמחסן. מכל מקום, נטען ביחס לקומת המרתף כי שימוש בקומה שאינו למגורים לא מצדיק הפעלתה של תקנה 119; וכי המשיבים עצמם טענו במסגרת הליכים משפטיים אחרים כי אטימה איננה אפקטיבית. עוד נטען כי להוריו של העותר אין בית נוסף; כי עסקינן בהריסתו של מבנה שלישי בגין אותו הפיגוע; וכי בכפר בו ממוקם המבנה נהרסו בשנתיים וחצי האחרונות ארבעה מבנים – עובדה המוכיחה, לטענת העותרים, את חוסר יעילותה של תקנה 119 להרתעת הרבים, ושמה אף כי הפעלתה מעודדת ביצועם של פיגועים נוספים. נטען כי הפגיעה הקשה בזכויותיהם הקנייניות של העותרים 1-3 מחייבת את המשיבים להוכיח ברמת הוכחה גבוהה את יעילותה של תקנה 119 כאמצעי מרתיע כאמור.

8. ביום 11.3.2020 הגישו העותרים חוות דעת מטעם המהנדס מר נאסר אבו ליל (להלן: אבו ליל). בחוות דעתו מתאר אבו ליל נזקים שונים שעלולה להסב הריסתה של הקומה העליונה באמצעות באגר כף ליתר חלקי המבנה, ובתוך כך צוין, בין היתר, כי הריסה כאמור עלולה להסב נזק לקירותיהן של הקומות הנותרות; להביא לקריסת התקרה האחרונה המשמשת גם את קומת הקרקע; לגרום לעומס כבד על תקרתה של קומת הקרקע; ולפגוע במערכת הקונסטרוקציה של המבנה, בתשתיותיו ובפיתוחו. כן צוין כי הכנסת הכלים הכבדים הנחוצים לשם ביצוע ההריסה עלולה לפגוע בחלקים שונים במבנה המשמשים גם את הדרים בקומת הקרקע. כמו כן, עומד אבו ליל בחוות דעתו על פגמים שונים שנפלו בחוות דעתו של נבו, ומציין, בין היתר, כי בחוות הדעת של נבו נכתב שהמבנה כולל מעלית, כאשר אין בו מעלית כלל. על רקע הפגמים הנטענים, מוסיפים העותרים וטוענים כי יש להניח שנבו כלל לא ביקר במבנה, ולמצער, לא ערך מיפוי שלו כנדרש.

9. נוכח כל האמור, מבקשים העותרים כי הצו יבוטל, ולחלופין, כי נורה על ביצועו בדרך מידתית יותר.

10. בתגובתם לעתירה מציינים המשיבים כי המפגע הודה בביצוע הפיגוע בו נהרגה המנוחה, ביצע שחזור מתועד ואף הופלל על-ידי שני חברי החולייה אשר בצעו עמו את הפיגוע. אשר לטענותיהם העקרוניות של העותרים נטען כי טענות מעין אלה נדונו ונדחו זה מכבר על-ידי בית משפט זה בפסקי דין רבים, וכי אין מקום לסטות מן ההלכה הפסוקה בנדון. כן נטען כי יש לדחות את טענות העותרים לפגיעה בזכויותיהם לטיעון ולשימוע, שכן הועמד לרשותם פרק זמן סביר לשם השגה על כוונת המפקד הצבאי להוציא את הצו, כמו גם פרק זמן הכולל שלושה ימי עבודה מעת דחיית ההשגה עד לביצועו. בהקשר זה נטען עוד כי העותרים אכן הגישו השגה במועד שהוקצה לשם כך, ואף הגישו את העתירה דנן לאחר קבלה חלקית של בקשת ארכה מטעמם, ומבלי שביקשו ארכות נוספות.

11. כמו כן, טוענים המשיבים כי מתחקיר שנערך לאביו של המפגע, עולה כי המפגע התגורר בקומה העליונה עם הוריו, וכי קומת המרתף שימשה את כלל בני המשפחה, והמפגע בתוכם, כקומת מחסנים – וזאת, כך נטען, במשך 15 שנים. כן צוין כי קומת הקרקע מצויה בשיפוצים ומיועדת למגורי דודתו של המפגע. על רקע האמור, נטען כי אין מקום להתערב בשיקול דעתו של המפקד הצבאי בהוצאת הצו; כי המפגע מקיים זיקת מגורים כלפי הקומה העליונה וקומת המרתף; וכי אין מקום להבחין בהקשר זה בין הקומה העליונה לבין קומת המרתף המהווה מעין "המשך ישיר" של בית משפחת המפגע. זאת, להבדיל מקומת הכניסה המיועדת למגוריה הבלעדיים של דודתו. מכל מקום, צוין כי המפקד הצבאי החליט אך להחרים ולאטום את קומת המרתף, ולא להרסה, מחמת שיקולים הנדסיים עליהם עמד נבו בחוות דעתו, וכן מטעמי מידתיות.

בנוסף, טוענים המשיבים כי אין באי-מעורבותם של בני משפחת המפגע בביצוע הפיגוע כדי למנוע את הפעלתה של תקנה 119 בענייננו. מעבר לנדרש צוין כי אמו של המפגע הורשעה בגין פרסום דברי הסתה ושבח למעשי אלימות; כי האב לא הסתייג ממעשיו של המפגע במסגרת תחקיר שנערך לו ומסר כי הוא גאה בבנו; וכי יש בעמדותיהם של בני המשפחה כאמור כדי לחזק את הצורך בהפעלתה של תקנה 119 למטרות הרתעה, ואף כדי להשפיע על היקף תחולתה. לבסוף, צוין כי נגד אחיו של המפגע הוגש כתב אישום בגין פרסומים שיש בהם משום הסתה ותמיכה בארגון עוין; וכי יש לדחות את העתירה דנן אף מן הטעם שהעותרים לא הציגו בפני בית משפט זה את מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית ביחס לעמדותיהם של בני משפחת המפגע המתוארות לעיל.

12. במסגרת הדיון שנערך לפנינו ביום 16.3.2020 הגישו המשיבים התייחסות מטעם נבו לחוות הדעת של אבו ליל, בה צוין כי חוות דעתו של נבו ניתנה לאחר שהלה ביקר במבנה ועל יסוד מיפוי שנערך במקום. כן חלק נבו, בין היתר, על הערכתו של אבו ליל בדבר נזקים שתסב הריסת הקומה העליונה לתקרת קומת הקרקע ולתשתיות המבנה, וציין כי הגורמים בשטח ישגחו כי ההריסה לא תסב נזק לכניסה למבנה, המשמשת גם את קומת הקרקע.

13. עוד יצוין כי בהודעה שהוגשה ביום 17.3.2020 הודיעו המשיבים כי הם אינם מתנגדים שהדיון בעתירה דנן יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי.

דיון והכרעה

14. לאחר שנתתי דעתי על טענות הצדדים מזה ומזה, באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות ברובה, למעט ביחס להחרמה ואטימת קומת המרתף, וכך אציע לחברי לעשות – כפי שיבואר להלן.

תחילה, אני סבורה כי יש לדחות את טענותיהם העקרוניות של העותרים ביחס לעצם הפעלתה של תקנה 119 על-ידי המפקד הצבאי – לחוקיותה, לעמידתה במבחני המידתיות וליעילותה. טענות מעין אלה שהעלו העותרים בהקשר זה נדונו ונדחו פעמים רבות על-ידי בית משפט זה, אף בעת האחרונה, ולא ראיתי מקום לשוב ולהידרש אליהן בענייננו (ראו למשל: עניין חנאטשה, בפסקה 14 והאסמכתאות שם; בקשה לדיון נוסף על פסק דין זה נדחתה בהחלטת כב' הנשיאה א' חיות בדנג"ץ 1561/20 חמדאן נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (1.3.2020); כן ראו: בג"ץ 2492/19 אבו לילה נ' אלוף פיקוד המרכז, פסקה 8 (16.4.2019); בג"ץ 6420/19 אלעזאפרה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 8 (12.11.2019); לעניין יעילותה של תקנה 119 במישור ההרתעתי ראו: בג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 10 (4.3.2019)).

15. בהקשר זה, אשוב ואציין כי לא נעלם מעיני הקושי הטמון בפגיעה בקניינם של בני משפחה אשר לא היו מעורבים במעשיו הנפשעים של בן משפחתם-המפגע. ואולם, במציאות הביטחונית עמה מתמודדת מדינת ישראל בתקופתנו, נדמה כי השימוש בתקנה 119 למטרות הרתעה הוא הכרח בל יגונה, ומהווה ביטוי חד משמעי של דמוקרטיה מתגוננת. על כך כתבתי בבג"ץ 6905/18 נאג"י נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (2.12.2018):

“אמנם נכון הדבר כי ההגנה על זכויות אדם ואזרח היא מחובותיה הבסיסיות של מדינה דמוקרטית. ברם, באופן בסיסי אף יותר, נדרשת הדמוקרטיה להגן על קיומה של תשתית מדינית וביטחונית אשר תאפשר לאזרחיה ליהנות מזכויותיהם אלה. מכאן נובעת החשיבות שבשמירה על ביטחון המדינה, וזאת אף במחיר של פגיעה בזכויות אדם ואזרח... יתר על כן, יובהר כי נקיטה באמצעים פוגעניים, הדרושים לשם שמירה על ביטחון המדינה, אינה משום 'פגיעה הכרחית' בדמוקרטיה, אלא היא-היא חלק בלתי נפרד מן השיטה הדמוקרטית, אשר נדרשת לעתים להגן על המשך קיומה” (ראו: שם, בפסקאות 21-23).

16. זאת ועוד, ראיתי לדחות את טענות העותרים באשר לפגמים שנפלו בהליך הוצאתו של הצו בענייננו. בתוך כך, יצוין כי המפקד הצבאי העמיד לרשות העותרים שלושה ימי עסקים לשם הגשת השגתם על כוונתו להוציא את הצו, כמו גם תקופה הכוללת שלושה ימי עסקים לשם הגשת עתירה לבית משפט זה. העותרים לא הגישו בקשה להארכת המועד שניתן להם לשם הגשת השגה כאמור, וכן בקשתם לקבלת ארכה עובר להגשת העתירה דנן התקבלה באופן חלקי. נוכח המקובץ, אני סבורה כי סדי הזמנים שהועמדו בפני העותרים היו סבירים בנסיבות העניין, ואינם מצדיקים את התערבותנו. מכל מקום, בדיון שנערך לפנינו ביום 16.3.2020, ובמענה להערות בית המשפט בדבר סדי הזמנים הקצרים אשר ניתנו לעותרים, ציין בא-כוח המשיבים כי ההערות האמורות תועברנה לגורמים הרלוונטיים.

זיקת מגורים

17. נעבור, אפוא, אל הדיון לגופם של דברים, ונפתח בבחינת הזיקה שקיים המפגע אל הקומה העליונה ואל קומת המרתף. כפי שצוין לא אחת בפסיקה, הפעלתה של תקנה 119 אינה מחייבת כי המבנה הנדון יהא בבעלותו של המפגע, אלא די בכך שהלה קיים “זיקת מגורים” כלפי המבנה או כלפי חלקיו המיועדים להחרמה, להריסה או לאטימה (ראו: בג”ץ 1624/16 חמאד נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 28 (14.6.2016); בג”ץ 5141/16 מחאמרה נ’ מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, פסקה 37 (24.7.2016)).

18. בענייננו, העותרים אינם חולקים על כך שהמפגע התגורר בקומה העליונה, ומשכך זיקתו כלפי קומה זו ברורה, ומצדיקה את החרמתה והריסתה בידי המפקד הצבאי. זאת, כמובן, בכפוף להתקיימותם של יתר התנאים בהם נדון להלן.

19. אשר לקומת המרתף טוענים העותרים כי זו מהווה רכוש משותף של כלל דיירי הבניין, ושימשה את דודתו של המפגע כדיר וכמחסן, וכי מכל מקום, לא ניתן לומר שהמפגע קיים כלפי קומה זו זיקת מגורים. כשלעצמי, לא מצאתי כי ישנה מניעה עקרונית לקבוע קיומה של זיקת מגורים ביחס למחסן (בין אם הוא צמוד פיסית לדירה הנדונה ובין אם הוא מצוי בקומה נפרדת כמו בענייננו), ובהתאם, לאפשר את הפעלתה של תקנה 119 ביחס אליו. זאת, מאחר שמחסן עשוי להוות, הלכה למעשה, חלק מבית מגורים, וכמוהו כחדר או כחלל נוסף בתוך הדירה המשמש לאחסון חפצי הדיירים כאמור.

בענייננו, מתגובת המשיבים עולה כי בתחקיר שנערך לאביו של המפגע ציין הלה כי קומת המרתף משמשת אותו, את רעייתו ואת בנו-המפגע, כמחסן (דו"ח גלוי של התחקיר צורף כנספח מש/4 לתגובת המשיבים). הנה כי כן, התחקיר האמור מהווה ראיה מינהלית המעידה על זיקת מגורים של המפגע ושל בני ביתו לקומת המרתף (המשמשת אותם, כאמור, כמחסן), אם כי, כפי שאבהיר בהמשך, מדובר בענייננו על זיקה מוחלטת המשפיעה על מידתיות הצו באשר לקומה זו.

#### מידתיות וסבירות

20. נעבור לבחון את מידתיות הוראות הצו ואת סבירותן. כמבואר לעיל, המפקד הצבאי אכן מוסמך לפעול להחרמת ולהריסת בתי מפגעים מכוח תקנה 119, ואולם, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד, ועל רקע זה, נקבע בפסיקה כי על המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו האמורה בסבירות ובמידתיות. זאת, בשים לב, בין היתר, לחומרת המעשים שביצע המפגע, למשקל הראיות העומדות נגדו, למידת מעורבותם של דיירי המבנה במעשים האמורים, ולנזק אשר תסב הפעלתה של תקנה 119 ליתר הדיירים. כן נקבע כי על המפקד הצבאי לבחון האם קיימים אמצעים נוספים המגשימים את התכלית ההרתעתית העומדת ביסוד תקנה 119 ואשר פגיעתם פחותה (ראו: עניין נאג'י, בפסקה 27; עניין חנאטשה, בפסקה 17).

21. בענייננו, דומה כי ברורה מאליה חומרת המעשים המיוחסים למפגע, על תוצאתם הטרגית, ורוב מילים אך למותר. כפי שכתבתי בעניין חנאטשה באשר לפיגוע הנדון:



“מעשים אלה הביאו למותה הטרגי של המנוחה – נערה תמה שאך יצאה עם משפחתה בבוקרו של יום שישי לטיול בחיק הטבע, ממנו לא תשוב עוד. חיים צעירים שנגדעו באיבם, משפחה שנותרה שכולה, אב ואח שנפצעו באורח קשה – וכל זאת, אך בשל היותם יהודים. מעשים חמורים מעין אלה, על תוצאתם הקטלנית, מלמדים על חשיבותה של הרתעה יעילה ומספקת, אשר יש לקוות כי תמנע את המשך מעגל הדמים והשכול באזורנו” (ראו שם, בפסקה 18).

22. אשר לתשתית הראייתית לאשמתו של המפגע, מצאתי כי קיימות ראיות מינהליות מספקות להפעלתה של תקנה 119 בענייננו. זאת, נוכח כתב האישום אשר הוגש נגד המפגע זה מכבר, ולאור הודאתו המתוארת בתגובת המשיבים, כמו גם הפלתו על-ידי שני חברי החוליה אשר ביצעו עמו את הפיגוע. בכל אלה יש כמובן כדי להקים תשתית של ראיות מינהליות לאשמת המפגע, אשר די היה בהן לשם הוצאת הצו (ראו: עניין נאג'י, בפסקה 31; עניין אלנצאפרה, בפסקה 10).

23. העותרים טוענים עוד כי יש לבטל את הצו מאחר שהעותרים 1-3 לא היו מעורבים כלל במעשיו של המפגע, ולא ידעו על כוונותיו לבצע את הפיגוע. ואולם, לעניין זה נקבע לא אחת כי בצוק העתים עשויים שיקולי הרתעה להצדיק את הפעלתה של תקנה 119 כלפי מבנה בו התגורר מפגע, וזאת גם במקרים בהם יתר הדיירים במבנה לא היו מעורבים כלל במעשים הנפשעים שביצע (ראו: בג"ץ 1633/16 פלוני נ' המפקד הצבאי באזור גדה המערבית, פסקה 31 (31.5.2016); עניין פלוני, בפסקה 9; בג"ץ 8786/17 אבו אלדוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 28 (26.11.2017)).

לא זו אף זו, בענייננו, עיון בתגובת המשיבים מעלה כי לא זו בלבד שהוריו של המפגע לא גינו את המעשה שביצע בנם, אלא שאביו ציין בתחקיר אשר נערך לו כי הוא “גאה בבנו תמיד, לא משנה מה עשה”. יתר על כן, אמו של המפגע הורשעה בגין פרסומים שונים ברשת החברתית “פייסבוק” בהם קראה היא לאלימות ושיבחה מפגעים שונים אשר ביצעו מעשי טרור קשים ורצחניים. בתוך כך, מספר ימים לאחר הפיגוע הנדון בענייננו פרסמה אמו של המפגע את הכיתוב “מבורכים לזה שהעמיד אותם על רגל וחצי, שבקרוב ישבור להם את הרגליים והראש”. הנה כי כן, אף שבמקרים מסוימים אי-מעורבותם של בני משפחה, ניסיונם למנוע את הפיגוע מראש או גינוי שלאחר מעשה, עשויים להוות שיקול רלוונטי בעת בחינת מידתיות הצו, הרי שנוכח פרסומיה האמורים של אם המפגע

(אשר המשיבים ציינו בתגובתם כי אין ראיות לכך שבעת פרסומם ידעה היא כי בנה היה מעורב בפיגוע), ולאור דברי אביו בתחקיר, ברי כי לא מתקיימות במקרה זה נסיבות המצדיקות אף לשקול את צמצום היקף תחולתו של הצו בראי התנהלותם של העותרים 3-1 (ראו והשוו: עניין חמאד, בפסקה 29; עניין פלוני, בפסקה 9; בג"ץ 8886/18 ג'ברין נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 11 (10.1.2019)).

24. אשר לאופן הריסת הקומה העליונה, אשר משליך אף הוא על מידתיות הצו ביחס לקומה זו, אציין כי אמנם לא נעלמו מעיני הנזקים הפוטנציאליים המתוארים בחוות דעתו של אבו ליל. ואולם, מצאתי את התייחסותו המשלימה של נבו לחוות דעת זו – מניחה את הדעת. בתוך כך, העריך נבו כי מניסיונו בתחום, הריסת הקומה העליונה לא תפגע בתקרית של קומת הקרקע, וכן ציין כי קומת המרתף לא תינזק כלל. עוד צוין כי תשתיות המים והחשמל במבנה תנותקנה עובר לביצוע ההריסה, וכי צנרת הביוב של המבנה קבורה באדמה. משכך, ציין נבו כי תשתיות המבנה לא תינזקנה עקב ביצוע ההריסה. כמו כן, צוין כי הגורמים בשטח ישגו "בשבע עיניים" כי בעת ההריסה לא ייפגעו הכניסה למבנה ושער הכניסה אשר משמשים הן את הקומה העליונה והן את קומת הקרקע.

חזקה אפוא על גורמי המשיבים כי יוסיפו ויעשו כל שביכולתם על מנת למנוע השלכות סביבתיות של ביצוע הצו על קומת הקרקע ועל קומת המרתף, כמו גם על יתר חלקי המבנה והתשתיות המשמשים קומות אלה.

25. נוכח כל האמור לעיל, באתי לכלל מסקנה כי הצו הוצא במסגרת הליך תקין, כי הוראותיו ביחס לקומה העליונה הן סבירות ומידתיות, וכי אין בנמצא אמצעים אשר ישיגו את תכליתן ההרתעתית מתוך פגיעה פחותה. משכך, אני סבורה כי אין מקום להתערבותנו בהחלטת המפקד הצבאי להחרים ולהרוס את הקומה העליונה.

תחולת הצו על קומת המרתף בראי מבחני המידתיות

26. מכאן יש לעבור לבחינת מידתיותן של הוראות הצו ביחס לקומת המרתף. כאמור לעיל, מצאתי כי מתקיימת זיקת מגורים בין המפגע לבין קומת המרתף המשמשת אותו ואת בני ביתו כמחסן. ברם, לצד קיומה של זיקת מגורים המכוננת את סמכות המפקד הצבאי להפעיל את תקנה 119 לגבי מחסן, הרי שלצורך בחינת היקפו של הצו ומידתיותו, יש להתחשב גם בחווקתה של זיקת המגורים של המפגע אל קומת המרתף; בטיב השימוש שנעשה בקומה זו על ידי בני המשפחה והמפגע; בזיקתם של דיירים אחרים לקומה זו; ובעוד שיקולים כיוצא באלה. מענה לשאלת מידתיות הצו והיקפו כאמור נובע מנסיבותיו

המובחנות והקונקרטיות של כל מקרה ומקרה (ראו והשוו: בג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 10 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (3.8.2016), וכן השוו לאמור שם, בפסקה 5 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג; עוד ראו: בג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 11 (3.8.2017); עניין דחאדחה, בפסקה 12).

27. בענייננו, מדור"ח התחקיר הגלוי של אב המפגע עולה כי "עיקר הדברים אשר מאוחסנים במחסן הינם דברים מיותרים אשר אינם בשימוש קבוע בבית", ומכך יש להסיק כי השימוש שעשה המפגע בקומת המרתף הוא זניח, ומכל מקום, מדובר בזיקת מגורים חלשה, המשפיעה על מידתיות השימוש בתקנה 119 ביחס לקומה זו. לכך מתווספת העובדה שעסקינן במרתף שהוא רכוש משותף של כללי בעלי הזכויות במבנה, ואף עתיד לשמש את דודתו של המפגע (היא העותרת 3), אם כדיר ואם כמחסן, כאשר זו תעבור להתגורר בדירתה שבקומת הקרקע – קומה אשר כזכור, אינה מיועדת להחרמה ולהריסה. אשר על כן, אני סבורה כי זיקת המגורים החלשה של המפגע כלפי קומת המרתף, זכויותיה הקנייניות של דודתו בקומה זו והשימוש שהיא עתידה לעשות בה, כמו גם התוספת ההרתעתית הנמוכה יחסית אשר תושג באטימת הקומה – מצדיקים, במצטבר, את ביטול הוראות הצו ביחס להחרמת קומת המרתף ולאטימתה.

28. סוף דבר: אציע לחבריי כי נדחה את העתירה דנן ככל שהיא מכוונת להוראות הצו ביחס לקומה העליונה, וכי נבטל את הוראות הצו להחרמת ולאטימת קומת המרתף – כך שבהקשר זה יהפוך הצו על תנאי לצו מוחלט.

כן אציע כי לא נעשה צו להוצאות.

צו ההחרמה וההריסה יבוצע לא לפני יום 4.2020.8.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

1. בעתירה שלפנינו שבים העותרים ומבקשים כי נדון מחדש בסוגיות העקרוניות שמעוררת מדיניות הריסת הבתים, ובהפעלת הסמכות לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

אין לי אלא לשוב על דברים שאמרתי בהקשר זה בעבר:

"את דעתי בעניין ההלכה הנוהגת לגבי הריסת בתים מכוח הוראת תקנה 119 לתקנות ההגנה והקשיים העקרוניים הכרוכים בה הבעתי לא אחת (ראו למשל חוות דעתי בבג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (15.10.2015); בבג"ץ 1630/16 זכריא נ' מפקד כוחות צה"ל [פורסם בנבו] (23.3.2016); בבג"ץ 1336/16 אטרש נ' מפקד פיקוד העורף, [פורסם בנבו] פסקה 1 לחוות דעתי (3.4.2016); בבג"ץ 5141/16 מחאמרה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית [פורסם בנבו] (24.7.2016); ובבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [פורסם בנבו] (3.8.2017)). כפי שציינתי בפרשות אלו, אף שאני סבור כי ראוי לעיין מחדש בהלכה זו על מנת לפרוש את היריעה לגביה במלואה, הרי שזו מחייבת עד שלא תשתנה, ככל שכך יקרה, בהרכב מורחב" (בג"ץ 628/18 כמיל נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 13 (28.2.2018); בבג"ץ 2356/19 ברגותי נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (11.4.2019)).

2. בנתון לאמור מצטרף אני למסקנת חברתי, השופטת י' וילנר, כי בהינתן ההלכה הקיימת, אין עילה להתערבות בהחלטת המפקד הצבאי, בכל שאמור בקומה השנייה שבה התגורר המחבל. מצטרף אני גם למסקנתה כי יש להורות על צו מוחלט שיבטל את צו ההחרמה והאטימה בכל שאמור בקומת המרתף.

3. כידוע, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. גם כאשר קיימת סמכות, על הרשות להפעילה בסבירות ובמידתיות. הדברים הם בבחינת מושכלות יסוד של המשפט המינהלי, וישימים גם במאטריה המורכבת שבה עסקינן. עמד על כך בית משפט זה בבג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (3.8.2016) (להלן: עניין חליל), שבו עמדה לביקורת החלטת המפקד הצבאי להפעיל את הסמכות לפי תקנה 119 בהתייחס הן לדירת המגורים שבה התגורר המחבל עם בני משפחתו, הן לחלקים אחרים במבנה, לרבות מחסנים שבקומת הקרקע. נפסק כי "כחלק מהביקורת השיפוטית הנמתחת על הפעלת שיקול הדעת של המפקד הצבאי, יש לבחון את השאלה האם הלה בחן כדבעי את האפשרות להרוס או לאטום רק את אותו החלק במבנה בו התגורר המחבל, ואליו יש לו זיקת מגורים ישירה, בלי לפגוע ביתר חלקי המבנה או במבנים שכנים למעלה מן הנדרש" (שם, בפסקה 10).

בית המשפט ראה אפוא להגביל את תוקפו של צו ההריסה לקומה שבה התגורר המחבל, ולבטלו בכל שאמור בקומות האחרות, ובכלל אלה קומת המחסנים (שם בפסקה 27)

4. גם בבג"ץ 5943/17 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 11 (3.8.2017) (להלן: עניין פלוני) עמד בית המשפט על כך כי:

"גם בעבר נמנע המשיב מהריסת מחסנים שהיו בקומה התחתונה של המבנה (בג"ץ 4597/14 עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, פסקה 27 (1.7.2014)). גם במקרים נוספים נפסק, כי יש לתחום את ההריסה לקומה שבה התגורר המפגע (עניין מחאמרה, בפסקה 40; בבג"ץ 5614/16 חליל נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט דנציגר, וראו גם פסק דינו של חברי השופט סולברג (3.8.2016))"

5. גישה שונה ננקטה בבג"ץ 974/19 דחאדחה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית (4.3.2019) (להלן: עניין דחאדחה), שם נדחתה עתירה נגד הריסת מבנה שבו קומת מגורים, ומתחת לה קומת עמודים פתוחה ששימשה כמחסן. זאת בשים לב, בין היתר, לכך שנקבע כי המבנה הוא בבעלות המחבל וכי "הוקם מכספי דמים שקיבל הלה מן הרשות הפלסטינית" (שם, בפסקה 12).

6. מן הכלל אל הפרט: המבנה נושא ההליך שלפנינו מצוי בבעלות אמו של המחבל (העותרת 1) ואחותה (העותרת 3), אשר ירשו את המבנה מאביהן המנוח. העותרת 3 היא ילידת 1955, חולת סרטן, שכמפורט בעתירה נעזרת בבני משפחתה. קומת הקרקע המיועדת למגוריה מצויה בשיפוצים, והעותרת 3 עדיין לא מתגוררת בה בשלב זה. מוכן אני להניח לטובת המשיב כי דו"ח התחקור הגלוי של אבי המחבל (נספח מ/4) הוא הראיה המינהלית שמשקפת את השימוש במחסנים, וכי מטבע הדברים בשלב שבו העותרת 3 לא מתגוררת במבנה, השימוש שנעשה בהם הוא של הוריו של המחבל. מוכן אני להניח בנוסף כי בהינתן האמור, מוסמך המפקד הצבאי להורות גם על הריסת המחסן. אולם, בשל אותם שיקולי מידתיות שהביאו להחריג מצו ההחרמה וההריסה את דירת דודתו של המחבל, שלא מיוחסת לה שום נגיעה או זיקה למעשיו של האחרון, ומטבע הדברים אין היא משתייכת למשפחתו הגרעינית, יש להחריג מן הצו גם את המחסן שנמצא בבעלותה המשותפת. זאת, בהינתן פסיקתנו שתוארה לעיל בדבר השימוש הזהיר, המצומצם והממוקד בסמכות, לרבות בהקשר של מחסנים, בו עסקינן. אדגיש שוב כפי שכבר הובהר לעיל, כי הנסיבות בעניינינו שונות בתכלית מהנסיבות בעניין דחאדחה, שם

כאמור המבנה כולו היה בבעלות המחבל ונבנה במימון כספי טרור, וממילא האיזון בין השיקולים המתמודדים הביא לתוצאה שונה.

כאמור, מצטרף אני למסקנת חברתי גם בהקשר זה.

7. קודם לחתימה הדברים מבקש אני להתייחס לטענות הכרוכות באופן הריסת הקומה העליונה, בהמשך להערות חברתי. כפי שציינתי בעניין פלוני:

“חובתו של המפקד הצבאי לוודא מראש ולפני מעשה, כי תינקט שיטת הריסה שבגדרה לא ייפגעו חלקי מבנה שנאסר לפגוע בהם. ככל שבשל מגבלות ביצוע הדבר לא מתאפשר או יש ספק באשר ליכולת ביצוע כאמור, האפשרות שנותרת בידי המפקד הצבאי היא להורות על אטימה של הקומה השנייה, חלף הריסתה (השוו בג”ץ 5614/16 חליל נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט י’ דנציגר (3.8.2016))”

אין צריך לומר כי הדברים יפים גם בענייננו.

ש ו פ ט

השופטת ע’ ברון:

1. אני מצטרפת בהסכמה לתוצאה שאליה הגיעה השופטת י’ וילנר ולהערותיו של השופט ע’ פוגלמן, ואוסיף את הערותיי בתמצית.

2. ראשית, כפי שציננה חברתי השופטת י’ וילנר, ההלכה היא שלמפקד הצבאי נתונה הסמכות להורות על הריסת בתים למטרת הרתעה – וזאת מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945. עם זאת, כידוע, ענישה קולקטיבית אסורה על פי המשפט הבינלאומי ופוגעת בזכויות אדם יסודיות – ועל כן לעמדתי יש מקום לדיון נוסף בסוגיות העקרוניות שמעורר השימוש בסמכות לפי תקנה 119 לשם הריסת בתיהם של אזרחים חפים מפשע שלא נטלו חלק בפעילות טרור (ראו, למשל, דבריי ב-בג”ץ 6420/19 אלעצפרה נ’ המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית (12.11.2019); להלן: עניין אלעצפרה). שנית, כפי שציין חברי השופט ע’ פוגלמן, “סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. גם כאשר קיימת סמכות, על הרשות להפעילה בסבירות ובמידתיות” (בפסקה 3). כבר הבעתי דעתי כי שאלת הכוח ההרתעתי הטמון בכלי של הריסת בתים לוטה בערפל ומוטלת בספק; וכי ספק זה

משליך על מידתיות הפעלת הסמכות, ומחייב ליתן משקל ממשי למידת הידיעה והמעורבות של בני משפחתו של המפגע שביתם עומד להריסה:

”דבר אחד ברור, והוא שקיים קושי אינהרנטי לכמת את המידה שבה הריסת בתים פועלת בכיוון ההפוך, ומגבירה דווקא מעשי אלימות ושנאה נגד יהודים. לכך חייבת לטעמי להיות משמעות בבחינת מידתיות השימוש שעושה המפקד הצבאי באמצעי של הריסת בתים, וזאת כבואנו לשקול אם קיים יחס ראוי בין התועלת ההרתעתית הצומחת מהריסת ביתו של מחבל לבין הפגיעה הגלומה בכך בזכויות יסוד של בני משפחתו. ככלל, הריסת בית אך ורק על יסוד חומרת המעשים המיוחסים למפגע, ללא מתן משקל למידת ידיעתם או מעורבותם של בני משפחתו במעשיו, אינה עומדת במבחן המידתיות.” (עניין אלעצפרה; ולהרחבה ראו: בג”ץ 1125/16 מדעי נ’ מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (31.3.2016)).

3. במקרה דנן אין יסוד לסבור כי בני משפחתו של המפגע היו מעורבים במעשיו הנפשעים, או ידעו על התוכנית הרצחנית לפני שהוצאה אל הפועל. עם זאת, שני הוריו של המפגע הביעו בדיעבד תמיכה חד משמעית במעשה הטרור שביצע, ואימו אף קראה באתר “פייסבוק” לאלימות ולרצח של יהודים ובגין כך הורשעה על פי הודאתה בעבירה של הסתה. התנהלות זו מעידה כאלף עדים על בית הגידול שממנו צמח המפגע ועל האידיאולוגיה שספג בבית הוריו ועל ברכיה התחנך – כזו המעודדת שנאה ואלימות נגד יהודים באשר הם יהודים. בהינתן האמור, אף אני סבורה כי אין מקום להתערבותנו בצו ההריסה שהוצא ביחס לקומה העליונה.

4. אשר לצו ההחרמה והאטימה שהוצא ביחס לקומת המרתף – אני מצטרפת לדעת חבריי כי יש להורות על ביטולו, בהינתן זיקת המגורים המוחלשת של המפגע לקומה זו אל מול זכותה הקניינית של דודתו.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר.

ניתן היום, ה' בניסן התש"ף (30.03.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט